

Mandado de Segurança

Lei 12.016/09

Os Recursos

Wilson Marques

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.
Professor de Direito Processual Civil da
EMERJ.*

1. APELAÇÃO

1.1 Cabimento

O artigo 14 da Lei 12.016/09 estabelece que “da sentença, negando ou concedendo o mandado, cabe apelação”.

O dispositivo é ocioso, na medida em que, a teor do que dispõe o artigo 513 do Código de Processo Civil, de toda sentença cabe apelação, pouco importando o teor do seu julgamento.

Além de ocioso, o dispositivo ainda é incompleto, porque, nos termos do artigo 10, §1º, da lei especial, também cabe apelação da sentença que não nega e nem concede o mandado de segurança, ou seja, da que não julga o pedido inicial procedente ou im-procedente, limitando-se, simplesmente, a indeferir a petição inicial.

Por sua vez, este artigo 10, §1º, também é incompleto, porque não nos diz se, a esse caso de indeferimento *in limine* da petição inicial do mandado de segurança, é aplicável, ou não, a regra do artigo 296 do Código de Processo Civil, de acordo com o qual “indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de quarenta e oito (48) horas, reformar sua decisão”.

Como a lei especial não dispõe em sentido contrário, pensamos que, por aplicação do princípio da subsidiariedade, se a

petição inicial do mandado de segurança for indeferida e houver apelação do autor, o juiz, ao abrigo do artigo 296 do Código de Processo Civil, poderá sim reformar a sua decisão.

1.2. Efeitos do recurso

Igualmente, a lei não diz em que efeitos o recurso deve ser recebido.

Sempre que a lei silencia a respeito dos efeitos do recurso de apelação, a regra é a de se lhe atribuir tanto o efeito devolutivo como o suspensivo.

Analizando a lei anterior, na qual o problema era o mesmo, Sérgio Ferraz, anotou que “tomando-se em conta a especial vocação da ação, como instrumento de garantia de direitos fundamentais, a concessão da segurança reclamará recurso com *efeito apenas devolutivo...*” (**Mandado de Segurança**, Malheiros, 3ª edição, nº 32.2, 1, página 188)

Isso, no caso de procedência do pedido inicial. No de improcedência, o recurso será recebido no duplo efeito pela inexistência da razão que motivou, no caso inverso, o só efeito devolutivo.

Pela mesma trilha, seguiram Barbi, Carlos Alberto Menezes Direito e, de um modo geral, a jurisprudência dos nossos Tribunais.

Amolda-se à conclusão, o § 3º do artigo 14, de acordo com o qual “a sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo no caso em que for vedada a concessão da medida liminar”.

Com efeito, a permissão para execução provisória da sentença que conceder o mandado de segurança outra coisa não pode significar senão que a apelação, nesse caso, não terá efeito suspensivo. Se tivesse, a lei não teria permitido, como permitiu, a execução provisória da sentença de procedência do pedido mandamental.

Registre-se que só estamos cuidando, até agora, de mandado de segurança da competência originária do juízo do primeiro grau de jurisdição. Nos casos de mandado de segurança da competên-

cia originária dos Tribunais, a disciplina da matéria é outra, bem diferente, e dela trataremos oportunamente, ao ensejo da análise do artigo 18.

1.3. Legitimação recursal da autoridade apontada como coatora

De forma um tanto surpreendente, o § 2º do artigo 14 estabelece que “estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer”.

Antes da lei nova, admitia-se a interposição do recurso, pela autoridade apontada como coatora, com base no artigo 499 do Código de Processo Civil, se ostentasse a qualidade de terceiro prejudicado, assim entendido aquele que, embora não figurando, no processo, como parte, é atingido pela sentença que cria, modifica ou extingue relação jurídica de que ele terceiro é ou passa a ser titular.

Assim, julgado procedente o pedido mandamental, formulado em face de pessoa jurídica de direito público, se daí resultasse, para o servidor público que praticou o ato hostilizado, obrigação de indenizar o Poder Público, em regresso, na forma do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, ele podia, como terceiro prejudicado, interpor contra a sentença o recurso de apelação, objetivando a reforma da decisão, com o que, em decorrência, afastaria, de si, a obrigação regressiva.

Mas, se, no caso figurado, malgrado a procedência do pedido inicial, o direito de regresso não nascesse, por qualquer razão, inclusive porque o servidor público não agiu com dolo ou culpa (mesmo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal) ele, porque terceiro não interessado, não dispunha de legitimação para recorrer.

Bem, assim estavam as coisas antes da Lei 12.016/09. Será que mudou alguma coisa com o referido § 2º do artigo 14, de acordo com o qual “estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer” ?

Mais especificamente: “Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer”, se reunidos os requisitos do artigo 499 do Código de Processo Civil ou a legitimação recursal, no caso, independe da presença desses requisitos legais?

Há bons argumentos para sustentação da resposta tanto em um sentido como no outro.

Pode-se afirmar que tudo continua como antes porque o artigo 499 do Código de Processo Civil não foi modificado, o recurso da autoridade apontada como coatora continua sendo recurso de terceiro e recurso de terceiro somente é admissível nos moldes do referido artigo 499.

Mas também se pode afirmar que se era para deixar tudo na mesma, não havia necessidade de edição da norma em exame, a do 2º do artigo 14, com a qual, desse modo, a lei teria outorgado à autoridade apontada como coatora legitimação para recorrer, independentemente de ostentar, ou não, a qualidade de terceiro prejudicado.

Aliás, em abono desta última tese, há, até, quem afirme que, a partir da lei nova, a autoridade apontada como coatora, deixou de ser terceiro, passando a ser parte, diante do que estabelece o artigo 6º da Lei 12.016, de acordo com o qual “a petição inicial... indicará, *além da autoridade coatora*, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições”.

Com base nos dispositivos mencionados, Cássio Scarpinella Bueno sustenta que a lei criou um litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa jurídica de direito público e a autoridade apontada como coatora, de tal sorte que o recurso da autoridade coatora é recurso de litisconsorte, portanto, de parte, não de terceiro, não havendo porque indagar se estão ou não presentes os requisitos legais da interposição do recurso de terceiro, que a autoridade coatora era, mas deixou de ser.

A isso se pode objetar que a lei nova, de modo algum afirmou, no artigo 6º ou fora dele, que são litisconsortes passivos necessários, a pessoa jurídica de direito público e a autoridade apontada como coatora, não se podendo extrair essa conclusão da singela exigência de indicação, na inicial, da autoridade coatora e da pessoa jurídica da qual ela faz parte.

Além disso, se, realmente, a autoridade coatora fosse ré, no mandado de segurança, litisconsorciada com a pessoa jurídica de direito público, para que a lei nova precisaria dizer que essa

autoridade, ré, litisconsorte passiva, dispõe de legitimação para recorrer?

Além de não precisar dizer isso, menos ainda teria dito, como o fez, que, “estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer”. Como ré, litisconsorte passiva, ela teria direito de recorrer porque figura no processo como parte e não porque o direito de recorrer, da outra parte, a ela se estendeu.

Em suma, a nosso ver, nada mudou. A autoridade apontada como coatora continua dispondo de legitimação para recorrer, como terceiro, se juridicamente prejudicado, ou seja, se atingido em relação jurídica de que é titular. Caso contrário, não.

2. REEXAME NECESSÁRIO

2.1. Cabimento

A teor do que dispõe o artigo 14, parágrafo 1º, “concedida a segurança (leia-se: julgado procedente o pedido inicial), a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição”.

Sobre o reexame obrigatório, em geral, dispõe o artigo 475 do Código de Processo Civil, cumprindo indagar a respeito de questão sobre a qual a lei nova não dispõe: se são aplicáveis, ou não, ao mandado de segurança os parágrafos 2º e 3º do referido dispositivo legal, que estabelecem o seguinte, *in verbis*:

“§ 2º: “Não se aplica o disposto neste artigo (ou se-ja, não está sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição a sentença), sempre que a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor”.

“§ 3º: Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”.

Como a lei especial é omissa sobre a matéria, a lacuna deve ser suprida com o socorro à lei geral, o que nos levará à conclusão

de que as ressalvas dos §§ 2º e 3º do artigo 475 do Código de Processo Civil são aplicáveis - sim - ao mandado de segurança.

No sentido contrário, firmou-se, antes da lei nova, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, aplaudida, depois da lei, por Cássio Scarpinella Bueno, ao ver de quem o fato de a Lei 12.016/2009 não conter aquelas ressalvas e o de ser posterior à Lei 10.352/2001 que introduziu, no artigo 475, as referidas ressalvas, a conclusão, que de tudo se há de extrair, é a de que os §§ 2º e 3º do artigo 475 do CPC *não* são aplicáveis em sede de mandado de segurança.

Portanto, segundo esse entendimento, com o qual não comungamos, em sede mandamental, julgado procedente o pedido inicial, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição, ainda quando estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”.

É tranquilo o entendimento de que o duplo grau obrigatório do § 1º do artigo 14 da Lei nº 12.016/09 somente diz respeito à sentença de primeiro grau, não sendo exigível para as decisões concessivas de segurança da competência originária dos tribunais”.

Quando a autoridade coatora satisfaz, sem ressalvas, a pretensão do impetrante, o reexame necessário perde o seu objeto, devendo, em consequência, ser tido por prejudicado.

As decisões que concedem liminar em mandado de segurança não estão sujeitas ao reexame necessário, porque a exigência consta do parágrafo 1º do artigo 14 da lei específica, que dispõe sobre a sentença de mérito, que julgou procedente o pedido inicial, não sobre decisão concessiva de liminares, em sede mandamental.

3. AGRAVO

3.1. Cabimento

Antes do advento da lei nova, discutia-se muito sobre o cabimento de recurso de agravo de instrumento contra a decisão concessiva ou denegatória de liminar, no primeiro grau de jurisdição, e de agravo regimental, no segundo.

A Lei 12.016/09 resolveu o impasse, no seu artigo 7º, 1º, que assim dispõe *in verbis*:

“Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”.

A lei merece louvores porque razão não havia para a omissão e, menos ainda, para o entendimento de que das decisões concessivas ou denegatórias de liminar, em mandado de segurança, não cabia recurso algum.

Como a manifestação recursal contra a decisão que concede ou nega a medida liminar estará sempre impregnada de urgência, o agravo, no caso, será sempre o de instrumento, incabível, pois, a sua interposição sob a forma retida.

Em se tratando de mandado de segurança da competência originária dos Tribunais a recorribilidade da decisão que concede ou que nega a medida liminar decorre do parágrafo único do artigo 16, que assim dispõe, *in verbis*:

“Da decisão do relator que conceder ou negar a medida liminar caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre”.

Com a edição dessa regra restou superada a Súmula 622 do Supremo Tribunal Federal, que, sem nenhuma razão justificável, dizia exatamente o contrário:

“Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança”.

Ao agravo em causa, ao qual o referido artigo 16 não empresta nome algum, há quem o denomine agravo regimental; outros, agravo interno, outros ainda, agravo legal ou agravo por petição. Os “mais íntimos” costumam designá-lo por “agravinho”.

Não gostamos dessas denominações.

A de agravo regimental porque se não se trata de agravo disciplinado no regimento não há porque chamá-lo de regimental. A de agravo interno porque o agravo retido também é interno, podendo assim haver confusão entre um recurso e o outro. Da de agravo legal porque dá a impressão que, ao lado do agravo legal, existiria um outro, o ilegal, o que obviamente, não ocorre. A de agravo por petição porque lembra o recurso de agravo de petição, existente no Código de 39, mas abolido no de 73, prestando-se, portanto, a designação a confusões que podem e devem ser evitadas.

Daí porque entendemos que se o agravo está previsto no regimento, nós devemos denominá-lo agravo regimental. Se não está previsto no regimento, senão que unicamente na lei, que não lhe deu nome algum, nós devemos chamá-lo de agravo inominado.

Convém registrar que, conquanto os dispositivos examinados, na sua literalidade, somente possam ser utilizados contra decisões concessivas ou denegatórias de liminares, nada impede, antes tudo recomenda, que, por identidade de razões, sejam manejáveis contra qualquer decisão interlocutória, do juiz ou do colegiado.

4. EMBARGOS INFRINGENTES

4.1. Cabimento

Sempre entendemos que são admissíveis embargos infringentes contra decisão que, em grau de apelação, reformou, por maioria de votos, sentença de mérito que decidiu mandado de segurança.

Nunca vislumbramos uma única razão capaz de justificar a edição de duas súmulas em sentido contrário, a de nº 597 do Supremo Tribunal Federal e a de nº 169 do Superior Tribunal de Justiça.

Agora, no entanto, vamos ter que depor as armas porque, na sua primeira parte, o artigo 25 da lei nova estabelece expressamente que “não cabe, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes”.

5. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

5.1. Cabimento

A decisão denegatória da segurança, como tal entendida a que julga improcedente o pedido mandamental ou a que dá pela extinção do processo, sem julgamento do mérito, através de decisão do colegiado, está sujeita a Recurso Ordinário Constitucional, nos exatos termos dos artigos 102, II, “a” e 105, II, “b”, da Constituição Federal; 539, II, “a”, do Código de Processo Civil e, agora, do artigo 18, *in fine*, da Lei 12.016/09.

Não a do relator, isoladamente, pois, aí não se tratará de decisão de Tribunal, e somente estas desafiam o recurso ordinário, nos termos dos dispositivos legais acima mencionados.

Não, igualmente, se de decisão de procedência do pedido se tratar. A Constituição somente admite o recurso contra decisão denegatória. Contra a concessiva os remédios utilizáveis serão o recurso especial e o recurso extraordinário, naturalmente se reunidos os respectivos requisitos constitucionais e legais. Aliás, sobre isso dispõe o mesmo artigo 18 da Lei 12.016, na sua primeira parte.

Como o recurso somente é cabível nos casos de denegação da segurança, segue-se daí que o único legitimado a utilizá-lo é o autor, geralmente designado por impetrante. Assim, não existe recurso ordinário constitucional interponível pelo réu.

Malgrado o silêncio da lei, o recurso ordinário constitucional deve ser recebido com efeito suspensivo, o que impedirá, enquanto não for julgado, que a decisão embargada produza os efeitos que lhe são naturais.

“Desde que admissível, o recurso ordinário, como qualquer outro, obsta ao trânsito em julgado da decisão recorrida. *No silêncio da lei, deve-se admitir que tenha, igualmente, efeito suspensivo de acordo com o princípio geral.....*” diz José Carlos Barbosa Moreira, com todo o peso da sua autoridade (**Comentários ao Código de Processo Civil**, Forense, 7ª edição, volume V, n° 343, página 560).

Não discrepa Sérgio Ferraz:

“Equivalendo o recurso ordinário à apelação em mandado de segurança, os efeitos de um e outro hão de ser idênticos: suspensivo e devolutivo...” (Mandado de Segurança, Malheiros, 3ª edição, página 196)

Como já assinalamos em outro ponto, nos casos de mandado de segurança da competência originária dos Tribunais, não cabe reexame necessário do acórdão que julgar procedente o pedido inicial. O duplo grau obrigatório de jurisdição somente é cabível nos casos de mandado de segurança da competência originária dos juízos do primeiro grau de jurisdição. 